



# حکمیت و مصالحه

## در امور جنایی

### از منظر

## فقه و حقوق

داکتر عبداللطیف سجادی\*

### چکیده

مقاله‌ای حاضر که تحت عنوان «حکمیت و مصالحه در امور جنایی از منظر فقه و حقوق موضوعه ایران و افغانستان» تدوین گردیده است، پس از تبیین رابطه حکمیت و داوری با مصالحه، اذعان می‌کند بر اینکه این دو مفهوم حقوقی از مقوله‌های متفاوتی نیستند که با هم دیگر دوگانگی داشته باشند. بنابراین داوری در امور جنایی به صورت مطلق و در همه امور جزایی قابل پذیرش نیست. بلکه تنها در حقوق الناس (جنبه حقوق شخصی) پدیده‌های کیفری قابل اثبات است. زیرا اطلاق ادله حکمیت و ابتدای داوری بر رضایت طرفین دعوا، راهی برای اثبات داوری در امور جزایی باز می‌کند. وجه مثبت آن این است که بر اساس تأثیر رضایت در حقوق الناس (جنبه خصوصی امور جزایی) امکان اقدام به داوری فراهم می‌گردد. طبیعی است که پس از مبرهن شدن اصل حکمیت، این تحقیق با استفاده از قواعد حقوقی و اصول حاکم بر قوانین موضوعه کشورهای که در سطور مزبور نام بردیم، برای مشروعیت داوری در امور جزایی به چاره‌جویی پرداخته و مشروعیت داوری در امور جنایی به صورت قضیه موجهه جزئیه ثابت گردیده است. با توجه به مطالعاتی که راجع به مصالحه در امور کیفری در هر دو حوزه فقه و حقوق موضوعه، به عمل آمده دیدگاه نهایی این مقاله آن است که بر اساس وحدت صلح و حکمیت بدون تردید صلح در امور کیفری به صورت قضیه موجهه جزئیه قابل پذیرش بوده و از مشروعیت برخوردار است و در صورت دوگانگی حکمیت و صلح با وجود افتراق، هر دو در مبنا (رضایت دو طرف دعوا) اشتراک دارند.

واژه‌های کلیدی: حکمیت و داوری، مصالحه، امور کیفری و جزایی، فقه و حقوق موضوعه.

## مقدمه

با توجه به اینکه در آیین مقدس اسلام هم پدیده صلح و مصالحه و هم مقوله حکمیت و داوری از آموزه‌های است که در مهم‌ترین مسایل اجتماعی از قبیل؛ جنگ و جهاد، نزاع‌ها و کشمکش‌ها، دعاوی حقوقی و حتی امور مهمی نظیر زمام‌داری و مسایل کلان حکومتی که با سرنوشت جامعه گره خورده است، مطرح بوده است، جایگاه این بحث به خوبی روشن می‌گردد. ماجرای حکمیت که هنگام درگیری علی بن ابی‌طالب و معاویه پیش آمد، از معروف‌ترین موارد حکمیت در جهان اسلام است. در علم حقوق نیز در بحث قضاوت، حکمیت به عنوان قسیم قاضی منصوب مطرح شده است.

از آنجایی که در بحث قضاوت و دادرسی عادلانه مباحث پیچیده‌ای در مورد قاضی تحکیم مطرح شده و بابتی در قانون آیین دادرسی مدنی به داوری و در فقه به مصالحه اختصاص یافته است، یکی از اساسی‌ترین سوالاتی که در این مورد قابل طرح است این است که آیا حکمیت و داوری و مصالحه در امور کیفری از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه قابل اثبات است؟ اهمیت این سوال بدان جهت است که؛ زمام امر تنازع و تخاصم در امور کیفری تا حدی از اختیار متنازعین بیرون است. زیرا درست است که در امور حقوقی متنازعین حق دارند به داوری کسی رضایت دهند. اما در حقوق جزایی که حاکم و سارنوال نیز حق دخالت در نزاع کیفری (حتی اگر از حقوق خصوصی باشد) را داشته و می‌تواند به صرف اطلاع از وقوع جرم به تعقیب، تحقیق و دادرسی بپردازد و اختیار مترافعین محدود است، آیا رضایت طرفین دعوا بر حکمیت و داوری تأثیری دارد؟ سوالات فرعی که متمم و مکمل این بحث خواهد بود عبارت‌اند از اینکه؛ داوری و حکمیت چیست؟ آیا با مصالحه متفاوت‌اند یا مترادف‌اند؟ آیا فقه و حقوق موضوعه داوری در امور کیفری را ممکن می‌دانند؟ آیا مصالحه در امور کیفری و جزایی مشروعیت دارد؟ پاسخ به سوالات مزبور و سوال اصلی می‌تواند ما را به یک راه‌کار مثبت یا منفی رسانده و روزه‌ای برای تحقیق در این مهم را بر روی محققان و پژوهش‌گران محترم بگشاید. آنچه لازم است در این مقدمه یادآوری شود این است که؛ قلمرو بحث در فقه، تنها فقه و در حقوق موضوعه؛ قوانین جمهوری اسلامی ایران، افغانستان و مصر را مورد توجه قرار خواهد داد. بنا براین، نوعی بحث تطبیقی (مربوط به حوزه حقوق تطبیقی) نیز در این مقاله صورت خواهد گرفت. امید است کاستی‌های این نوشته با انصاف و دقت مورد ارزیابی و نقد گرفته و به این وسیله به کمال برسد.

## گفتار نخست: کلیات و مفاهیم

آشنایی با مفاهیم و کلیات مربوط به موضوع مورد بحث و شناخت نسبت به کلید واژه‌های اصلی آن، یکی از اساسی‌ترین محورهای است که ما و مخاطبان را به حقایق موجود در مسأله مورد نظر نزدیک می‌کند.

### داوری و مصالحه

اولین سوالی که باید در این فراز پاسخ داده شود این است که؛ آیا حکمیت، داوری و مصالحه به یک معنی هستند؟ یا واژه‌های متفاوت و دارای کاربردهای مختلف می‌باشند؟ برای پاسخ به این سوال در آغاز دو ماده از قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان نقل کرده و سپس به بیان تفاوت میان واژه‌های فوق الذکر می‌پردازیم. در ماده ۱۱۰ مقرر گردیده است: «هرگاه در دعوی تفریق به سبب ضرر، ضرر مورد ادعا موجه نباشد و نزد محکمه خوف شقاق و اختلاف بین زوجین متصور گردد محکمه دو نفر شخص عادل را یکی از اقارب زوج و دیگری از اقارب زوجة جهت اصلاح آن‌ها به حیث حکم تعیین می‌نماید». در این ماده حکمیت میان زوجین مورد توجه قرار گرفته است. در ماده ۱۱۲ قانون مزبور آمده است: «محکمه به استناد دلایل فراهم شده توسط حکمین حکم خود را موجه صادر می‌نماید». پس در اصل تقنین حکمیت در قانون کشور ما تردیدی وجود ندارد. در قانون آیین داری دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) ایران ماده ۴۸۳ این قانون آمده است؛ «در صورتی که داوران اختیار صلح داشته باشند می‌توانند دعوی را با صلح خاتمه دهند. در این صورت صلح‌نامه‌ای که به امضاء داوران رسیده باشد معتبر و قابل اجراء است» اختیار صلح برای داوران در این ماده به زبان شرطی مطرح شده است و مفهوم آن این است که اگر داوران اختیار صلح نداشته باشند نه تنها نمی‌توانند دعوا را با صلح خاتمه دهند، بلکه عنوان داور محقق نخواهد شد. معنای این شرط و مفهوم شرط آن است که صلح پدیده‌ای غیر از داوری است و به همین جهت اختیار داشتن آن، شرط تحقق صلح قرار داده شده است. اگر صلح و داوری به مفهوم یگانه می‌بود هیچ‌گاه داشتن اختیار صلح شرط داوری از طریق مصالحه قرار نمی‌گرفت. زیرا در آن صورت وظیفه داور، داوری کردن و صلح نمودن است. بنابراین، از اشتراط تحقق صلح به داشتن صلاحیت آن، استفاده می‌شود که؛ صلح و داوری دو مقوله متفاوت هستند. از ظاهر ماده ۴۸۲ (قانون مدنی ایران) نیز استفاده می‌شود که؛ صلح از صلاحیت‌ها و وظایف داوران نبوده و اگر قرار شد داوران با مصالحه داوری کنند، نیاز به رضایت طرفین دعوا دارند. در این ماده آمده است؛ «رأی داور باید موجه و مدلل بوده و مخالف با قوانین موجود حق نباشد» از این قانون برمی‌آید که؛ نباید صلح صورت گیرد. زیرا در فرض حل دعوا از طریق صلح مدلل بودن و موجه بودن رأی مصلح و عدم مخالفت آن، با قانون مطرح

نیست. در ماده ۱۹ قانون حکمیت (مصوب ۱۳۱۳ شمسی) نیز مقرر گردیده بود؛ «در صورتی که حکمها اختیار صلح داشته باشند می توانند دعوی را به صلح خاتمه دهند». در هر حال به نظر این قلم مصالحه و داوری دو مقوله متفاوت و جدای از هم هستند. لذا باید از هر کدام به صورت جداگانه تعریفی ارائه گردد.

### داوری و حکمیت

حکمیت که یک امر تأسیسی نبوده به عنوان یک قاعده امضایی در نظام حقوقی اسلام از جایگاه خاص و کاربرد چشم‌گیری برخوردار است و به عنوان یک راه حل قضائی جهت گشودن بن‌بست‌های حقوقی و رفع موانع ریشه دار و بالاخره حل و فصل اختلافات در زمینه حقوق خانواده، منازعات سیاسی و اختلافات بین المللی مورد استفاده قرار می‌گیرد.

حکمیت و داوری یکی از شیوه‌های حل اختلاف بدون محاکمه و خارج از محکمه است که در آن طرفین می‌پذیرند به فرد یا افرادی به عنوان «حکم» مراجعه کنند و تسلیم قضاوت آن‌ها شوند. در ماده ۱ قانونی که مشتمل بر ۳۸ ماده است و در جلسه بیستم ماه دلو (بهمن ماه) ۱۳۱۳ شمسی در ایران به تصویب رسیده مقرر می‌کند؛ «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوی دارند می‌توانند به تراضی اختلافات و منازعه خود را در حقوق و اموال اعم از این که در محاکم عدلیه طرح شده یا نشده باشد در صورت طرح در هر مرحله که باشد می‌توانند به تراضی به حکمیت یک یا چند نفر رجوع کنند». در قرآن کریم نیز حکمیت به مفهوم طلب داوری جهت حل اختلافات استعمال شده است؛ در قرآن می‌فرماید: «به پروردگارت سوگند! که آن‌ها هرگز مؤمن نخواهند بود، مگر اینکه در جهت حل اختلافات خود، تو را به حکمیت و داوری بطلبند و سپس از داوری تو در دل خود احساس ناراحتی و نارضایی نکنند و کاملاً تسلیم قضاوت تو گردند». کنز العرفان فی فقه القرآن می‌نویسد: «دلال و پیام آیه اینست، همان‌گونه که قضاوت و داوری واجب است حکم به حق کننده، بر محکوم علیه نیز مورد قبول و اقرار به آن واجب است». (عقیقی بخشایشی، بی‌تا: ۸۹۹/۲). نویسنده حقوقی مشهور در تعریف داوری می‌نویسد؛ «داوری عبارت است از فصل اختلاف بین متنازعیان در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص که طرفین یا ثالث آن‌ها را در این جهت انتخاب نموده باشد». (شمس، ۱۳۸۴: ۵۲۱/۳) یکی از فقها در پاسخ استفتائی می‌نویسد؛ «حکمیت به این معنی است که طرفین بر حکم حاضر تراضی و توافق کنند که او مصالح شود» (منتظری، بی‌تا: ۲: ۵۰۲) وی در تعریف قاضی تحکیم تعبیر مشابهی ارائه کرده است؛ قاضی تحکیم: آن قاضی است که طرفین دعوی به داوری و حکمیت او در میان خود رضایت دهند، تا خلاف را فیصله دهد.

استاد فقید دانشگاه تهران عمید زنجانی می‌نویسد؛ «مفهوم ساده حکمیت عبارت است از توافق دو یا چند طرف در حال اختلاف بر واگذار نمودن مسئله مورد اختلاف به مقامی دیگر تا در آن باره رأی صادر کند». (عمید زنجانی ۱۴۲۱: ۵۲۵/۳) در اصطلاح فقهی حکمیت عبارت است از اینکه؛ متنازعین در یک واقعه حقوقی تصمیم‌گیری در بارهٔ مسأله مورد اختلاف خود را به رأی شخص ثالث واگذار می‌کنند. به عبارت دیگر حکمیت، رفع خصومت، حل منازعه و فیصله دعوی به وسیله ارجاع به شخص ثالث است.

### ویژگی‌های حکمیت و داوری

دادگاه صلح خانواده که در آیه ۱۷۷ سوره اعراف مورد تأکید قرار گرفته است، یکی از شاه‌بیت‌های اساسی امور مربوط به حقوق خانواده و یکی از آرای بلند دین مبین اسلام است. این دادگاه امتیازات و ویژگی‌های دارد که محاکم دیگر از آن‌ها بی بهره هستند. این قلم تلاش می‌کند به صورت موجز عصاره آنچه را فقهای بزرگوار به عنوان خصوصیات مثبت این دادگاه (محکمه داوری و حکمیت) مطرح کرده‌اند، در ذیل بازگو نماید. ویژگی‌های زیر برخی از آن‌ها است.

**الف)** یکی از امتیازات دادگاه داوری این است که؛ داوران با معیار عاطفی برای حل و فصل دعوی اقدام می‌کنند. و از آنجایی که کانون خانواده دریای موج احساسات و عواطف است، تردیدی نیست که دادگاه‌های مربوط به آن باید با دادگاه‌های کیفری متفاوت باشند. به این معنی که در بسیاری از عرصه‌های مربوط به نزاع‌ها مقیاس خشک و بی‌عاطفه قانون و مقررات به خوبی پاسخگو نبوده و داوری بهتر، زودتر و نزدیک‌تر به نتیجه می‌رسد. به همین جهت قرآن در مورد داوری میان زن و شوهر دستور داده است؛ داوران این محکمه کسانی باشند که پیوند خویشاوندی به دو همسر دارند و می‌توانند عواطف آن‌ها را در مسیر اصلاح تحریک کنند.

**ب)** در دادگاه صلح خانوادگی به خاطر شرم حضور هر گونه اسرار نهفته اصحاب دعوا مطرح نمی‌شود. و اگر مطرح شود آثار و پیامد سوء نخواهد داشت. اما در دادگاه‌های قضایی اصحاب دعوی در صدد دفاع از حقوق خودش هر نوع اسراری را فاش خواهد کرد و همدیگر را بر اجرای حقوق شان وادار و حتی اجبار می‌کند و در نتیجه با مجروح شدن احساسات دو طرف دعوی، محبتی که اساس کانون خانواده بود از بین می‌رود.

**ج)** برای داوران در دادگاه‌های عادی فرق نمی‌کند به چه شکل و به نفع چه کسی فیصله می‌شود و در دادگاه‌های داوری به ویژه دادگاه صلح خانواده، قضیه بر عکس است. به این معنی که صلح یا جدایی زن و شوهر از جهت عاطفی تأثیر گذار است. زیرا داوران از بستگان نزدیک زن و مرد هستند. به همین جهت نهایت کوشش شان را می‌کنند تا دعوی منجر به جدایی زن و شوی نشود.

د) از همه مسایل گذشته که چشم بیوشیم، داوری هیچ یکی از سرگردانی‌ها و هزینه‌های سنگین و تشریفات وقت گیر دادگاه‌های معمول را ندارد. (تفسیر نمونه، ۳/۳۷۷)

### شرایط داوری

بر اساس شرط داوری دو طرف قرارداد توافق کرده و متعهد می‌شوند که در صورت بروز اختلاف، آن را از طریق داوری و خارج از محکمه حل کنند. شرط داوری ممکن است به صورت یک شرط ضمن عقد در قرارداد گنجانده شود یا آنکه در سند مستقلی به قرارداد اصلی ضمیمه شود. شرط داوری ممکن است خاص یا عام باشد. شرط داوری خاص محدودیتی در اختلافاتی که منجر به رجوع به داور می‌شوند ایجاد می‌کند. اما با شرط داوری عام تمام اختلافاتی که در آینده حادث می‌شوند می‌باید با روش داوری رفع شود. قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در ماده ۴۵۵ قانون آیین دادرسی مدنی به این امر تصریح کرده است. نه تنها در مراحل ابتدایی دعوی که حتی در مراحل فرجامی نیز ارجاع دعوی به داور در قانون پذیرفته شده است. در ماده ۴۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی ایران مقرر کرده است؛ «چنانچه دعوی در مرحله فرجامی باشد، و طرفین با توافق تقاضای ارجاع امر به داوری را بنمایند یا مورد از موارد ارجاع به داوری تشخیص داده شود، دیوان عالی کشور پرونده را برای ارجاع به داوری به دادگاه صادر کننده رأی فرجام خواسته ارسال می‌دارد». در ماده ۴۹۵ همین قانون به صورت مطلق مقرر گردیده که رأی داور از حجیت برخوردار است. در این ماده مقید نشده است که فقط رأی داور در صورتی حجت است که داوری در مرحله ابتدایی و نه فرجامی مطرح شده باشد؛ «رأی داور فقط درباره طرفین دعوی و اشخاصی که دخالت و شرکت در تعیین داور داشته اند و قائم مقام آنان معتبر است و نسبت به اشخاص دیگر تأثیری نخواهد داشت». در هر حال بدون تردید هر کس چه در مرحله بدوی یا در مراحل بالاتر رسیدگی و حتی مرحله فرجامی می‌تواند با تراضی طرفین، دعوی را به داوری یک شخص یا اشخاص متعدد ارجاع دهد. منتهی یک مورد در قانون آیین دادرسی جمهوری اسلامی ایران بدون توجه به مبنای داوری و حکمیت مقرر کرده است؛ «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است طرف ایرانی نمی‌تواند به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیأتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلا اثر خواهد بود».

این ماده قانونی مسأله را به صورتی مطرح کرده است که با مبنا سازگاری ندارد. زیرا مبنای ارجاع به داور و اینکه داور چه کسی است رضایت اصحاب دعوی است. طرح این مسأله از اساس دارای مبنای معقول نبوده و در صورت تراضی اصحاب دعوی یا شرط

ضمن عقد چرا نباید طرف ایرانی به داوری طرف مقابل که مسلمان غیر ایرانی است ملتزم شود؟ هیچگونه توجیه عقلایی برای این مسأله متصور نیست.

## صلح و مصالحه

فقهای بزرگوار که در کتب فقهی بابی به نام «کتاب الصلح» (شیخ طوسی ۱۳۸۷: ۲۸۸/۲)، «باب الصلح» (کلینی ۱۴۰۷: ۲۵۸/۵)، یا «فصل فی الصلح» (ابوالصلاح حلبی ۱۴۰۳: ۴۵۲)، ذکر کرده‌اند، در تعریف صلح با عبارات مختلف به یک مسأله اشاره می‌کنند. از جمله محقق حلی در مختصرالنافع می‌نویسد؛ «و هو مشروع لقطع المنازعه». (حلی ۱۴۱۸: ۱/۱۴۴) و نزدیک به همین تعبیر در شرایع دارد. (محقق حلی ۱۴۰۸: ۲/۹۹). اصل اصلاح و صواب‌دید (به لاتین: Ex aequo et bono) در حقوق بین‌الملل به عنوان یک منبع توافقی شناخته شده است. در بند ۲ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری آمده است که: «دیوان در رجوع، استناد و صدور حکم مطابق اصل صلاح و صواب‌دید و یا اصل انصاف اختیار کامل دارد، مشروط به اینکه اصحاب دعوی با آن موافق باشند». هر چند در زبان حقوقی از این قاعده با عنوان اصل انصاف و یا کدخدامنشانه هم نام برده می‌شود اما اصل انصاف (به انگلیسی: Equity) دارای مفهوم و دامنه شمول گسترده‌تری از اصل صلاح و صواب‌دید است. در رجوع به داوری این اصل بدین معنا است که داور اصول و قواعد حقوقی را کنار بگذارد و در شرایط خاصی بر اساس مفاهیمی نظیر بی‌طرفی و انصاف داوری کند. دیوان بین‌المللی دادگستری، در جریان رسیدگی و صدور رأی یکی از پرونده‌های خود، تحدید حدود مرز دریایی در ناحیه خلیج مین دعوی کانادا و ایالات متحده آمریکا در ۱۹۸۴، از اصل صلاح و صواب‌دید استفاده کرد. بر اساس قوانین داوری (ماده ۳۳) کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد (آنسیترال) مصوب ۱۹۷۶، نهاد داوری موظف است که از قواعد حقوقی قابل اجرا استفاده نماید مگر زمانی که هیئت داوری بر اساس توافق طرفین این اجازه را داشته باشند که به جای استفاده از قواعد حقوقی، بر پایه اصل صلاح و صواب‌دید تصمیم بگیرند. همچنین بند ۲ ماده ۵ بیانیه الجزایر با اقتباس کامل از مقررات داوری کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل متحد، تحت شرایط خاصی، تصمیم‌گیری و استناد به اصل صلاح و صواب‌دید را پذیرفته است. علیرغم وجود این موارد اساسنامه کمیسیون رسیدگی به شکایات میان اریتره و اتیوپی (EECC)، هیئت داوری را از تصمیم‌گیری و صدور حکم بر پایه اصل صلاح و صواب‌دید، ممنوع کرده است.

قانون مدنی مصر در ماده ۵۴۹ تعریفی از صلح ارائه کرده است؛ «الصلح عقد یحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو یتوقیان به نزاعاً محتملاً، وذلک بأن ینزل کل منهما علی وجه التقابل عن جزء من ادعائه». صلح عقدی است که طرفین دعوی با آن نزاع موجود را از بین

می‌برند یا از نزاع احتمالی جلوگیری می‌کنند. تحقق صلح به این صورت است که هر یکی از متنازعين از بخشی از ادعای خود دست بر می‌دارند.

در قرآن کریم هر چند خداوند در مواردی به صورت مطلق پس از طرح بحث مربوط به جرم سخن از صلح به میان آورده است. در سوره انعام آیه ۵۴ و ۵۵ می‌فرماید؛ هر کس از شما کار بدی از روی نادانی کند سپس توبه و اصلاح نماید او آمرزنده مهربان است. و این چنین آیات را برمی‌شمريم (و روشن می‌سازيم) تا راه گناهکاران آشکار گردد. در سوره اعراف آیه ۴۰ فرموده؛ و کیفر بدی مجازاتی همانند آن است، و هر کس عفو و اصلاح کند اجر و پاداش او با خدا است خداوند ظالمان را دوست ندارد. در سوره اعراف آیات ۳۸ و ۳۹ فرموده؛ دست مرد دزد و زن دزد را به کیفر عملی که انجام داده‌اند به عنوان یک مجازات الهی قطع کنید، و خداوند توانا و حکیم است. اما آن کس که پس از ستم کردن، توبه و جبران نماید خداوند توبه او را می‌پذیرد زیرا خداوند آمرزنده و مهربان است. در آیه مبارکه ۵۴ و ۵۵ انعام هر چند از لحن آیه استفاده می‌شود که جهل رافع مسئولیت نیست و در هر سه آیه به صورت مطلق دلالت دارد بر اینکه توبه مسقط مجازات است. اما صلحی که در آن مطرح گردیده به معنی اصطلاحی نبوده بلکه به معنی لغوی است. زیرا ترتب اصلاح بر توبه دلالت دارد که اثر توبه اصلاح تایب است. بنابراین ولو مفهوم آیه یک معنی کلی و وسیع است و همه را شامل می‌شود، زیرا نخست به صورت یک قانون کلی به پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله و سلم دستور می‌دهد که تمام افراد با ایمان را هر چند گناه کار باشند، نه تنها طرد نکند، بلکه به خود بپذیرد. اما مسأله صلح اصطلاحی سالبه به انتفای موضوع است.

آیات ششگانه (انفال/۱؛ نساء/۳۴، ۱۱۳ و ۱۲۷؛ حجرات/۹ و ۱۰) که در قرآن آمده است و روایتی که دلالت دارد بر اینکه: «صلح بین مسلمانان جایز است، مگر در موردی که حلال را حرام، یا حرام را حلال می‌سازد» (شیخ صدوق ۱۴۱۳: ۳۲/۳) مشروعیت صلح را ثابت نموده و دلالت دارند که موضوع آن اعم از موضوع سایر عقود می‌باشد. از تعبیر برخی بر می‌آید که مشروعیت صلح از عمومات کتاب و سنت استفاده می‌شود؛ (بحرانی ۱۴۰۵: ۹۳/۲۱) یکی از مفسرین می‌نویسد؛ «چون ذکر صلح در آیات مذکوره مطلق واقع شده، بر صحت مطلق صلح خواه با اقرار باشد و خواه با انکار، خواه مصالح‌علیه معلوم باشد و خواه مجهول، خواه عین باشد و خواه دین و خواه منفعت و خواه غیر آن، دلالت می‌کند» (جرجانی ۱۴۰۴: ۱۶۹/۲)



## گفتار دوم: داوری در امور کیفری

### ۱. داوری در امور کیفری از منظر فقه

با توجه به اطلاق روایات دلالت کننده بر حکمیت به نظر می‌رسد که در امور کیفری نیز به صورت موجه جزئیة امر حکمیت قابل تطبیق است. باید اذعان داشت که مبنای اصلی حکمیت در امور مدنی که عبارت از رضایت طرفین دعوی است در امور کیفری نیز از جایگاه موثری برخوردار است. تنها تفاوتی که در امور جزایی وجود دارد این است که در بسیاری موارد امر کیفری دو جنبه دارد. هرچند در جنبه حق اللہی ممکن است رضایت طرفین دعوی اثر گزار نباشد ولی در جهت حق الناسی دلیلی نداریم از اطلاق ادله دست بر داریم. علاوه بر این، ما بر آنیم تا در خصوص امور کیفری به تدقیق و تحقیق پردازیم که؛ آیا حکمیت و داوری از جایگاه شرعی و عقلی برخوردار است یا خیر؟ به عبارت دیگر؛ این قلم در فصل حاضر به بررسی خواهد پرداخت که؛ آیا حکمیت و داوری در امور کیفری مشروعیت دارد یا خیر؟

در روایات وارد شده است؛ (شیخ صدوق ۱۴۱۳: ۳۲/۳) رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود: در مرافعات مدعی باید دلیل داشته باشد و کسی که بر علیه او ادعا شده قسم بخورد، و هر گونه صلحی میان مسلمانان جایز است جز صلحی که حرامی را حلال، و حلالی را حرام گرداند. نکته زیبا و قابل تأملی که در مورد روایت شرح شده است چیزی است که آقای غفاری می‌نویسد: «مقصود این است که آن صلح حرام مطلق را حلال ننماید و حلال مطلق را نیز حرام نگرداند، و گر نه چنانچه عقدی سبب حلال شدن پسر و دختری که قبلاً نا محرم بوده‌اند شود صحیح است. ولی شراب که مطلقاً حرام است اگر چه نام دیگری رویش بگذارند حلال نخواهد شد یعنی:؛ شرابی را به عنوان سر که با دیگری صلح کنند جایز نیست». (شیخ صدوق ۱۴۱۳: ۴۳/۴) باید اذعان کرد که بحث ما در مورد صلح و داوری است و نه عقد نکاح هر چند صلح از انواع عقود و قراردادهای است که بر مبنای رضایت میان دو نفر برگزار می‌شود. مرحوم آشتیانی می‌نویسد: «فرمایش امام علیه السلام: «کُلِّ صلح جائز بین المسلمین إلا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» علاوه بر آنچه دلالت دارد به صورت مطلق است». (آشتیانی ۱۴۲۵: ۵۴۹/۱)

### بررسی روایت علی بن ابی حمزه

شیخ صدوق در کتاب فقیه روایتی را نقل کرده است؛ علی بن ابی حمزه گوید: به ابی الحسن موسی امام هفتم علیه السلام عرض کردم: قربانت گردم: شخصی کسی را از روی عمد یا به خطا کشته است، و مقتول به مردم مدیون است و مالی از آن‌ها به عهده اوست و اولیاء او قصد دارند خون او را به قاتل ببخشند (در صورت عمد قصاص ننموده، و در صورت خطا نیز دیه نستانند) حکم چیست؟ فرمود: اگر خون او را به قاتل ببخشند ضامن

دیه یا دین او هستند، عرض کردم: اگر او را بخواهند بکشند چه؟ فرمود: اگر عمدا مرتکب قتل شده قاتل کشته می‌شود، و دین مقتول را امام مسلمین از سهم غارمین (بدهکاران) که در زکات دارند ادا می‌نماید، عرض کردم: در صورتی که قتل عمدی باشد و اولیاء مقتول به گرفتن دیه صلح کرده باشند، دین بر عهده کیست؟ آیا بر عهده اولیاء اوست که از دیه بپردازند، یا بر امام مسلمین است؟ فرمود: دین را باید از دیه او که اولیاء بر آن صلح کرده‌اند بپردازند، زیرا خود او به دیه خود از دیگران سزاوارتر است. (شیخ صدوق ۱۴۱۳: ۱۱۲/۴)

برای اینکه حکم داوری و حکمیت را از این روایت در امور جزایی بتوان استنباط کرد، نیاز به دقت و بررسی در این روایت است که در دو مرحله قابل طرح می‌باشد.

### سند روایت

در سند روایت، کسی که مورد مناقشه باشد، نیست، مگر علی بن ابی‌حمزه که از بزرگان واقفیه است، و ضعف او در بین علمای رجال و فقها مشهور است، ولیکن در جای دیگر این محبوب، از وی روایت نقل کرده و ابن محبوب از اصحاب اجماع است که اصحاب، آنچه از طریق وی نقل شده باشد را صحیح می‌دانند. علاوه بر این از مرحوم شیخ در عده نقل شده که عده ای از مردم به اخبار علی بن ابی حمزه عمل می‌کنند. طایفه به اخبار فطحی مثل عبدالله بن بکیر و دیگران و اخبار واقفی مثل سماعه بن مهران، علی بن ابی حمزه و عثمان بن عیسی عمل کرده‌اند و پس از آن‌ها به روایات بنی فضال، بنی سماعه، طاطری‌ها و امثال آنان اگر روایت مخالف شان موجود نباشد، مورد عمل قرار می‌دادند. (بحرانی ۱۴۲۹: ۱۴۳) و ابن غضائری در احوالات فرزندش حسن می‌نویسد: «پدرش از وی مورد وثوق تر است». بسیاری از بزرگان اصحاب ما نیز از وی روایت نقل کرده‌اند، کسانی نظیر صفوان، ابن ابی عمیر، بزنتی، ابن محبوب و دیگران و شاید همه اینها موجب وثوق به خیر وی گردد اگر چه فاسد المذهب بوده است، و شاید نقل این روایت‌ها از وی مربوط به دورانی است که از جهت عقیده سالم بوده، چرا که فرقه واقفیه پس از وفات امام کاظم<sup>(ع)</sup> ایجاد شد، و این نکته درخور دقت و قابل توجه است.

### دلالت روایت

در متن روایت که مربوط به قتل عمد است، سه مسأله زیر مطرح گردیده است؛ الف) سوال از پرداخت دین مقتول در فرضی که قاتل مورد عفو و بخشش اولیای دم قرار گیرد. پاسخ این است که اولیاء ضامن است دین او را بپردازند.

ب) سوال از پرداخت دیون مقتول در فرضی که اولیای دم او را قصاص کنند و بکشند. جواب این است که امام مسلمین از حق غارمین در زکات پرداخت نماید.

ج) سوال از پرداخت دیون او در صورتی که اولیای دم به گرفتن دیه صلح کنند. جواب این است که از دیه گرفته شده پرداخت شود.

آنچه مورد استشهاد ما است، بند «ج» است. به این معنی که در قتل عمد که مجازات قصاص مقرر است، می‌توان به دیه صلح کرد. اگر صلح همان داوری یا توسط شخص ثالث باشد از این روایت مشروعیت داوری در امور جزایی استفاده می‌شود. اگر صلح و داوری دو مقوله متفاوت باشند، این فراز و فرافراز اول روایت نیز که فرض بخشش دم (خون) را مطرح کرده و به اولویت دلالت دارد که می‌توان به حکمیت و داوری در امور جزایی رضایت داد. بنا بر این از روایت فوق الذکر که به لحاظ سند مورد وثوق است، می‌توان مشروعیت حکمیت را در امور جزایی استفاده کرد. روایت دیگری دارد؛ و ابوبصیر گوید: امام باقر علیه السلام فرمود: در قتل عمدی، و هر گاه خود شخص اقرار به قتل خطا کند، و یا اولیاء مقتول با او به پرداخت دیه صلح کنند عاقله ضامن دیه نخواهد بود. (شیخ صدوق ۱۴۱۳: ۱۴۲/۴)

این روایت نیز به صراحت دلالت دارد که می‌توان در مورد قصاص به دیه صلح کرد. با توجه به اینکه مبنای صلح و حکمیت در فرض دوئیت رضایت است می‌توان در قتل عمد که مجازات قصاص مقرر است به حکمیت رضایت داد. و همانگونه که برخی از نویسندگان اذعان داشته صلح عام است؛ «و صحیح است صلح کردن بر عین به عین، و بر منفعت به منفعت، و بر عین به منفعت، و بر منفعت به عین، و بر جنس آنچه دعوی می‌کند و به غیر جنس آن» (عاملی ۱۴۲۹: ۵۳۱) همین نویسنده با همین نگاه در مورد صلح بر دیه در قتل عمد می‌نویسد؛ «کشتن را به گواهان عادل به ثبوت رسانیده باشند، پس اگر کشنده اقرار کند یا ولی مقتول صلح نماید خونبها بر عاقله واجب نیست». (پیشین: ۹۸۵)

### دیدگاه فقها

مرحوم محمد تقی مجلسی پدر علامه مجلسی (معروف به مجلسی اول) می‌نویسد؛ «قتل عمد موجب قصاص است مگر آنکه صلح بر دیت کنند و قصاص جائز نیست مگر به شمشیر که گردش بزنند اگر چه قاتل مقتول را به انواع عذاب کشته باشد. (یک دوره فقه کامل فارسی: ۲۰۹) مجلسی دوم می‌نویسد؛ «اگر وارث خون و قاتل هر دو راضی به دیه بشوند و صلح بکنند بر مالی، قصاص ساقط می‌شود و آنچه صلح کرده‌اند لازم می‌شود. (مجلسی بی‌تا: ۹۶) صاحب ریاض می‌نویسد؛ اگر در جنایت بر عضو پس از شکستن و برجسته نمودن به گونه‌ای که توان نشستن و راه رفتن داشته باشد، یا در صورت توانایی بر راه رفتن و نشستن که اثر جنایت باقی نباشد، صلح کنند. مطابق نقل مسالک (شهید ثانی ۱۴۱۳: ۵۰۳/۲)، روضه (شهید اول ۱۴۱۷: ۲۳۲/۱۰) و غیر آن‌ها (شهید اول ۱۴۱۴: ۴۵۷/۴) از دیدگاه مشهور صلح بر یک سوم (ثلث) دیه محقق می‌شود. ولی من مستند این دیدگاه را که مورد تصریح جماعتی از قبیل: محقق اردبیلی (اردبیلی ۱۴۰۳: ۴۰۸/۱۴)، صاحب کشف اللثام

(فاضل هندی ۱۴۱۶: ۵۰۶/۲) از دانشمندان قرار گرفته، نشناختم. (حائری ۱۴۱۸: ۴۷۳/۱۶) یکی از محشّین ریاض می‌نویسد؛ اینکه دیه جنایت عمد به صلح، از جهت قلت و کثرت و تعجیل و تأجیل مقید به تراضی طرفین است مطابق آنچه معین می‌کنند، بدان معنی نیست که هرگونه بخواهند تعیین مبلغ کنند بلکه از این جهت اطلاق دارد که قصاص کننده و کسی که آن را وفا می‌کند می‌توانند قصاص کنند و می‌توانند به دیه راضی شوند. (لاری ۱۴۱۸: ۵۱۳) در پایان این مبحث دو فراز از منابع فقه شیعه نقل می‌کنم که از آن، صلح در امور جزایی استفاده می‌شود.

**الف)** «حلبی گوید: «از امام صادق علیه السلام درباره فرموده خداوند عز و جل: و کسی که بعد از آن، تجاوز کند، عذاب دردناکی خواهد داشت، پرسیدم. حضرت فرمود: او همان مردی است که دیه را می‌پذیرد یا عفو یا مصالحه می‌کند سپس تجاوز و می‌کشد. برای او عذاب دردناکی است و در نسخه ی دیگری آمده است که: پس از صلح، قاتل را می‌بند و او را کیفر می‌کند. برای این شخص عذاب دردناکی است.»

**ب)** در روایت هشتم از باب یازدهم از ابواب دیات اعضاء، که امام معصوم فرمود: «در موضعه [جراحی که استخوان را آشکار سازد] پنج شتر است و در سَمحاق [جراحی که به پوست استخوان برسد]، چهار شتر است و در دامیه [جراحی که خون جاری سازد]، صلح و سازش یا قصاص است. اگر عمدی باشد، دیه یا قصاص است و اگر خطایی باشد، دیه است و در مُنقله [شکستگی که استخوان‌ها را جابه‌جا می‌کند]، پانزده شتر و در جائفه [شکستگی که به درون دست یافته است]، یک سوم دیه است و در مأمومه [جراحی که به مغز برسد] یک سوم دیه است و جراحت زن و مرد یکسان است تا آن که به یک سوم دیه برسد و چون از آن بگذرد، مرد دو برابر زن می‌شود»

(منابع فقه شیعه، ۳۱: ۲۴۷) از روایت استفاده می‌شود که در جراحت دامیه، راه چاره در صلح و سازش پیشنهاد گردیده است. بنابراین صلح و سازش در امور کیفری یکی از راهکارهای حل و فصل دعوی محسوب شده است.

## ۲. داوری در امور کیفری از منظر حقوق موضوعه

در ماده ۴۸۳ قانون جزاء کنونی افغانستان مقرر گردیده است: «تاجر مفلس در یکی از حالات آتی مقصّر بزرگ شمرده می‌شود:

در حالی که بعد از متوقف ساختن تأدیه دین به منظور رساندن ضرر به سایر دائنین یا به قصد رسیدن به مصالحه دین یکی از دائنین را تأدیه نماید.

در حالی که به وسیله تقلب با دائنین به مصالحه برسد». از این ماده قانونی استفاده می‌شود که مصالحه در قوانین جزایی افغانستان از جایگاهی برخوردار است. بر همین اساس در ماده ۴۸۸ قانون مزبور مجازات آن تعیین گردیده است: «اشخاص آتی به حبس متوسط

که از دو سال بیشتر نباشد و جزای نقدی که از ده هزار افغانی تجاوز نکند یا به یکی از این دو جزا محکوم می‌گردند مشروط بر اینکه در قانون، جزای شدیدتری پیش بینی نشده باشد: دائی که به وسیله تقلب اندازه دین خود را زیاد نماید یا بر مفلس یا بر شخص دیگری امتیازات خاص را در بدل دادن رأی در مذاکرات صلح یا دارائی مفلس یا وعده به آن شرط گذارد». در قانون آیین دادرسی کیفری ایران رد پا و یا جایگاهی برای داوری در امور کیفری مشاهده نمی‌شود. اما در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) ایران هرچند به صورت سلبی ذکری از داوری در امور جزایی به میان آمده است چنانکه در ماده ۴۷۸ این قانون مقرر گردیده؛ «هر گاه ضمن رسیدگی مسائلی کشف شود که مربوط به وقوع جرمی باشد و در رأی داور مؤثر بوده و تفکیک جهات مدنی از جزایی ممکن نباشد و همچنین در صورتی که دعوی مربوط به نکاح یا طلاق یا نسب بوده و رفع اختلاف در امری که رجوع به داوری شده متوقف بر رسیدگی به اصل نکاح یا طلاق یا نسب باشد، رسیدگی داوران تا صدور حکم نهائی از دادگاه صلاحیت‌دار نسبت به امر جزایی یا نکاح یا طلاق یا نسب متوقف می‌گردد». در این ماده رسیدگی داوران در امور مدنی را منوط کرده به صدور رأی دادگاه کیفری صلاحیت‌دار در مورد امر جزایی، به این معنی که تا موقعی که دادگاه کیفری در مورد امر جزایی که ضمن رسیدگی امر مدنی کشف شده است، حکم صادر نکند، رسیدگی داوران متوقف می‌ماند. البته باید اشاره کرد که در ذیل ماده ۴۸۰ همین قانون نیز حکمیت را به گونه‌ای به حکمی که در مورد امر جزایی صادر گردیده منوط کرده است؛ «داوران نمی‌توانند بر خلاف مفاد حکمی که در امر جزایی یا نکاح یا طلاق یا نسب صادر شده رأی بدهند» این اناطه نیز اشاره دارد به اینکه؛ داوران نمی‌توانند در امور کیفری دخالت نمایند. زیرا اگر از دیدگاه این قانون حکمیت در امور مدنی جایز می‌بود، نباید داوران را از رأی مخالف مفاد حکمی که در امر جزایی صادر شده منع می‌کرد. بلکه تنها می‌توانست از ارائه رأی غیر موجه منع می‌کرد. به عبارت دیگر؛ معنای ممنوعیت داوران از رأی مخالف مفاد حکمی که در امر جزایی صادر شده، این است که؛ داوران نمی‌توانند در امور جزایی داوری و حکمیت نمایند. ولی برای بررسی این مسأله نیاز است تا یک سلسله اصطلاحاتی که در این خصوص وجود دارد، مورد دقت قرار گیرد.

### قاضی تحکیم

قاضی تحکیم داور (حکم) را گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۲/۲۸۳۵) افزایش چشمگیر جمعیت و شتاب زندگی مادی موجب مراجعه مردم به دستگاه قضایی است. بدون تردید افزایش رجوع به دستگاه قضایی است که کمترین پیامدهای آن عبارت از؛ تراکم پرونده‌ها در محاکم، اطاله دادرسی و افزایش هزینه‌ها خواهد بود. به همین جهت سیاست جنایی برخی از مکاتب حقوقی بر قضا زدایی است. یکی از راه‌های چاره قضاوت تحکیمی

است. تحکیم در قضاوت هر چند قضا زدایی نیست ولی در کنار آن نقش اساسی در کاهش مراجعه به دستگاه قضایی را دارد. به همین لحاظ فرهنگ فقه همین مسأله را تحت عنوان «تحکیم در قضاوت» مطرح کرده و می‌نویسد؛ «قاضی دو گونه است: قاضی منصوب که از جانب امام علیه السلام - به نصب عام یا خاص - به این سمت گمارده می‌شود و قاضی تحکیم که توسط دو طرف دعوا تعیین می‌گردد». (فرهنگ فقه، ۱۴۲۶: ۳۷۵/۲) یکی از محققین در مورد دلالت مقبوله عمر بن حنظله بر مشروعیت قاضی تحکیم می‌نویسد؛ «لفظ حکم در مقبوله، ظهور در قاضی تحکیم - یعنی کسی که از سوی دو طرف دعوی، برای حکمیت مشخص می‌شود - دارد». (منتظری ۱۴۰۹: ۲۴۳/۲) مرحوم آیت‌الله خوئی می‌گوید؛ این روایت بر نصب ابتدایی قاضی از جانب امام دلالت ندارد. به عبارت دیگر روایت بر نصب قاضی مطلق (غیر تحکیم) دلالت ندارد. وی در این مورد می‌نویسد؛ ولی صحیح این است که روایت نظری به نصب قاضی ابتدایی (غیر تحکیم) ندارد چرا که سخن امام<sup>(ع)</sup> که فرموده: «فإنی قد جعلته قاضیا» متفرع است بر این سخن او که فرموده: «فاجعلوه» و منظور از «فاجعلوه» همان قاضی است که اطراف دعوی آن را پذیرفته‌اند. پس نتیجه این است که هر کسی را اصحاب دعوا حکم قرار دهند، امام نیز همو را قاضی قرار داده است. (خوئی ۱۴۲۲: ۱۱/۴۱) دلیل دیگری که می‌توان برای مشروعیت قاضی تحکیم اقامه نمود بنای عقلاء است. زیرا از دیر زمان میان عقلا حکمیت وجود داشته و همانگونه که گفته شد، با توجه به آیات قرآن و شواهد تاریخی در عصر پیامبر<sup>(ص)</sup> نیز سابقه داشته است و شارع مقدس از آن ردع نکرده است. این دلیل پذیرفته شدن قاضی تحکیم نزد شارع مقدس است. سیره مشرع نیز یکی از گواه‌های صادق بر مشروعیت قاضی تحکیم نزد شارع مقدس است. و همین دیدگاه باعث شده است که قانون‌گذار ایران در ماده ۶ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳) مقرر کند: «طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند».

### تفسیر ماده ۶ قانون تشکیل دادگاه‌ها

در ماده ۶ قانون مزبور قید «در صورت توافق» آمده است. این قید حکایت دارد که متنازعین باید در مورد قاضی تحکیم رضایت داشته باشند و بدون تراضی آن‌ها تحکیم معنی ندارد. پس جای این سوال است که آیا مراد از توافق این است که اصل تحکیم مورد توافق طرفین باشد و قاضی توسط محکمه تعیین شود؟ یا منظور این است که شخص قاضی مورد توافق دو طرف باشد؟ ماده ۶ پاسخ این سوال را متعزّض نگردیده بلکه به طور مطلق بیان کرده که متنازعین در صورت توافق می‌توانند به قاضی تحکیم مراجعه کنند و از آنجایی که اساس فلسفه وجودی قاضی تحکیم تراضی و تصالح است، باید قانون‌گذار تکلیف را روشن کند که شخص قاضی نیز مورد توافق هر دو طرف قرار گیرد.

نکته دوم این است که آیا این قید «در صورت توافق» حاکی از آن است که قاضی تحکیم در حقوق و دعاوی عمومی راهی دارد؟ زیرا در این مورد نیز رضایت دو طرف اساس است؟ یا در دعاوی عمومی راه ندارد زیرا در صورت وقوع جرمی، دادستان به عنوان نماینده جامعه و وظیفه دارد آن را پیگیری نماید و در این مورد جایی برای رضایت و موافقت متهم (مدعی علیه) وجود ندارد. به نظر می‌رسد اطلاق ماده ۶ بیانگر آن است که اگر در دعاوی و حقوق عمومی رضایت دو طرف محقق شود، قضاوت تحکیمی بدون مانع است و دو طرف دعوی در امور کیفری می‌توانند به قاضی تحکیم مراجعه کنند. زیرا «طرفین دعوا در صورت توافق می‌توانند برای احقاق حق و فصل خصومت به قاضی تحکیم مراجعه نمایند». از سوی دیگر در ماده مذکور «احقاق حق و فصل خصومت» آمده است. برخی باور دارند که احقاق حق ناظر به دعاوی جزایی و کیفری و فصل خصومت ناظر به دعاوی حقوقی است، چرا که هدف از دعاوی کیفری کشف حقیقت و مقصد از دعاوی حقوقی فصل خصومت و بر طرف کردن منازعه است.

### قاضی به ترازی و قضاء به صلح

قاضی که اصحاب دعوی معین به قضاء او توافق کنند. این واژه اخص از واژه شماره ۱۰۵۳۳ ترمینولوژی حقوق می‌باشد. آقای جعفری در ذیل واژه مرقوم (قاضی انتخابی) می‌نویسد؛ در احادیث بسیار است یعنی؛ دو نفر شیعی که مرافعه‌ای داشتند رضا به قضای ثالثی از شیعیان می‌دادند تا در قضیه خاص رسیدگی کند و حکم بدهد آنگاه حکم را به دستگاه دولتی ارائه کرده وسیله اجراء آن را می‌خواستند. این شیوه تا اوایل مشروطه معمول بود زیرا سازمان قضائی و تمرکز قوه قضائیه وجود نداشت و دولت‌ها در فکر نبودند که به مردمان سرویس قضائی بدهند و راضی بودند که بخش خصوصی تحمل این کار را بکند ولی اجرای احکام را دولت مباشر می‌شد. هزینه صدور حکم و هزینه اجرای احکام را خود اصحاب دعوی میدادند. (جعفری لنگرودی، پیشین: ۲۸۳۵) و همین نوع را قاضی انتخابی نیز خوانده‌اند. قاضی که مردمان یک محل یا طرفین دعوی او را انتخاب کنند.

در فقه جمهور به مردمانی که در خارج از دار الاسلام زندگی می‌کردند اذن داده شد که از میان خود کسی را به سمت قضاء برگزینند. به حکایت تاریخ قم شیعیان مقیم قم هم به همین گونه قاضی دائمی انتخاب می‌کردند. (همان، واژه ۲۸۳۵) و اگر رسیدگی به مرافعات منتهی به صلح و سازش اصحاب دعوی گردد آن را قضاء به صلح (پیشین، واژه ۲۹۲۹) نام کرده‌اند. از مجموع آنچه در قانون ذکر شده است، استفاده می‌شود که تعقیب و اجرای حکم برخی جرایم که در اختیار شاکی و مدعی خصوصی است، قابل صلح بوده و نه تنها با مصالحه خاتمه میابد که وظیفه مسئولان قضایی تلاش در راستای حل منازعه از طریق مصالحه است.

### گفتار سوم: مصالحه در امور کیفری

در ماده ۴۸۳ و ماده ۴۸۸ قانون جزاء افغانستان کلمات صلح و مصالحه اطلاق گردیده که حکایت از جایگاه آن در امور جزایی دارد. در ماده ۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) ایران، مقرر کرده است؛ «جرائم از جهت اقامه و تعقیب دعوا به سه دسته به شرح زیر تقسیم می‌شوند: ... ۳ - جرایمی که با شکایت شاکی تعقیب می‌شوند و با گذشت وی تعقیب موقوف خواهد شد». در ماده ۳۶ نیز آمده است؛ «در حقوق الناس جواز بازداشت متهم منوط به تقاضای شاکی است». این ماده قانونی نیز اذعان می‌دارد که رضایت شاکی کارساز است. از این قانون استفاده می‌شود که یک سلسله جرایم، جرایمی هستند که مجرمین آن با شکایت شاکی مورد تعقیب قرار می‌گیرند و با گذشت شاکی تعقیب موقوف می‌شود. معنای این فراز این است که رضایت شاکی می‌تواند تأثیرگذار باشد. بنا براین اگر شاکی رضایت به گذشت داشته باشد، مجرم مورد عفو قرار گرفته و دیگر تعقیب نخواهد شد. هرگاه گذشت و عفو که دست برداشتن از تمام مجازات است منوط به رضایت شاکی باشد، او به قاعده اولویت می‌تواند نسبت به مجازات این جرم با مجرم مصالحه نماید. از آنجایی که ممکن است انتقاد شود که قانون مزبور مربوط به دوره تعقیب است که هنوز جرمی ثابت نگردیده لذا عفو و گذشت تأثیر گزار است. به عنوان دفع دخل یا پیش‌گیری از ایرادی که ممکن است وارد شود، می‌گوییم؛ در ماده ۶ همان قانون مقرر گردیده؛ «تعقیب امر جزایی و اجرای مجازات که طبق قانون شروع شده باشد موقوف نمی‌شود، مگر در موارد زیر: ... دوم - گذشت شاکی یا مدعی خصوصی در جرایم قابل گذشت. سوم - مشمولان عفو ... وقتی گذشت شاکی یا مدعی خصوصی و عفو نسبت به مشمولان عفو نافذ باشد و موجب سقوط مجازات گردد، صلح و حکمیت در مورد چنین جرایمی از باب قاعده اولویت قابل پذیرش خواهد بود. زیرا هرگاه رضایت نسبت به کل مجازات تأثیرگذار باشد نسبت به برخی ولو بخش اعظم آن، در اثر صلح و حکمیت به اولویت قطعی اثر خواهد داشت. مشابه این سخن در ماده ۱۶ قانون اجرائات جزایی جمهوری اسلامی افغانستان مصوب ۱۳۹۳ ش آمده است: «(۱) قاضی در حالات ذیل صلاحیت اشتراک در رسیدگی دعوی جزایی را ندارد ... ۴- در سایر حالاتی که قانون حکم نموده باشد. ...» شاید بتوان عنوان سایر موارد را بر موردی که در آن داوری و صلح صورت گرفته، سرایت داد. بر اساس دلیل مزبور قانون‌گذار ایران در ماده ۱۹۵ همان قانون تصریح کرده است؛ «دراموری که ممکن است با صلح طرفین قضیه خاتمه پیدا کند، دادگاه کوشش لازم و جهد کافی در اصلاح ذات البین به عمل می‌آورد و چنانچه موفق به برقراری صلح نشود، رسیدگی و رأی مقتضی صادر خواهد نمود». بخشی از ماده ۱۹۵ توسط نظریه ۱۷۷/۷ - ۱۳۸۲/۱/۱۴ ح. ق. به گونه‌ای که در ذیل خواهد آمد، شرح و تفسیر شده است؛ «منظور از اموری که ممکن است با صلح طرفین در ماده ۱۹۵ ق. آ. د. ک. ۱۳۷۸ قضیه خاتمه پیدا کند، اموری



است که با گذشت شاکی خصوصی پرونده مختومه می شود نه جرایم غیر قابل گذشت، و لذا در خصوص جرم کلاهبرداری نمی توان پرونده را با سازش طرفین مختومه کرد؛ گذشت شاکی فقط می تواند از موارد تخفیف مجازات با رعایت مقررات قانونی باشد».

از مجموع آنچه ذکر شد برمی آید که تعقیب و اجرای حکم برخی جرایم که در اختیار شاکی و مدعی خصوصی است، قابل صلح بوده و با توجه به اینکه در مباحث گذشته به تفصیل یادآوری شد که مبنای صلح و داوری هر دو رضایت طرفین دعوی است، در امور کیفری نیز می توان حد اقل در جرایم قابل گذشت که کاملاً جنبه خصوصی دارد، قابل شد که می شود با حکمیت و داوری آنرا فیصله کرده و ادله مشروعیت حکمیت این گونه موارد را شامل می شود. جالب این است که در قانون مزبور به صراحت آمده است: نه تنها سازش، قانونی است بلکه با گذشت یک تفاوت عمده و اساسی دارد و آن این است که؛ گذشت فقط موجب تخفیف مجازات می گردد در حالی که با سازش پرونده مختومه می شود.

در قانون مصر (قانون ۱۴۵ لسنة ۲۰۰۶، به تعدیل قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون ۱۵۰ لسنة ۱۹۵۰، بقرار رئیس الجمهوریه رقم ۸۰ لسنة ۲۰۰۶) آمده است؛ «مجنی علیه یا وکیل مخصوص و وارث یا وکیل خاصش حق دارند در محضر نیابت عام یا محکمه مطابق حالات مختلف، صلح با متهم را ثابت کنند. این قانون در مورد جنحه و مخالفت های است که مورد تصریح قرار گرفته در مواد ۲۳۸ فقره اول و دوم (قتل خطا)، ۲۴۱ فقرات اول و دوم (ضرب عمدی)، ۲۴۲ فقرات اول و دوم و سوم (ضرب بسیط)، و ... از قانون مجازات و احوال دیگری که مورد تصریح قانون قرار گرفته است. در همان قانون آمده است؛ «دعوی در هر حالتی باشد. اگر بعد از صدور حکم بتی باشد دعوی جنایی منقضی می شود».

یکی از مواردی که بر اساس فقه و قانون مقرر گردیده این است که اگر کسی دیگری را عمداً به قتل رساند، باید قصاص شود. در واقع مواردی وجود دارد که قصاص امکان پذیر نبوده و ناگزیر باید قصاص تبدیل به دیه گردد. یکی از موارد جایی است که قاتل مرد باشد و زنی را به قتل رسانده باشد. در این مورد اگر اولیای دم زن متمکن از دادن فاضل دیه نباشد، می توانند دیه زن را بگیرند و گرفتن دیه از قاتل در قتل عمد منوط به رضایت او و ولی دم است (یعنی دیه، تصالحو است). برای توضیح این مبحث به تفصیل بیشتر در سه محور متمرکز خواهیم شد؛

### مصالحه در امور کیفری از منظر قانون

یکی از مباحثی که در قانون ایران به خوبی حل نگردیده و دچار اضطراب شدید است، این است که مقام تعیین کننده ارش کیست؟ آیا حاکم متصدی تعیین ارش است یا دو نفر عادل یا کارشناس یا از طریق مصالحه این کار صورت گیرد؟ گرچه قانونگذار در ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی بر نظر کارشناس اصرار می ورزد ولی در مواردی از قبیل؛ (م ۳۹۲)،

(م ۴۰۷)، (م ۴۰۸)، (م ۴۱۳)، (م ۴۱۷)، (م ۴۲۰) اذعان می‌دارد که؛ «حاکم» آن را تعیین می‌نماید. ما در حال حاضر در مورد تعارض و رفع تعارض این قانون بحثی نداریم و آن را به مجال دیگری حواله می‌دهیم. این قلم در صدد بررسی این نکته است که؛ آیا مصالحه در امور کیفری و جزایی از جایگاه و اعتبار برخوردار است یا خیر؟ در ماده ۴۷۳ در کنار کارشناس و حاکم مقام سومی برای تعیین ارش از طریق مصالحه، نقش آفرینی می‌کنند؛ و آن مقام عبارت از طرفین دعوا هستند. در این ماده مقرر گردیده؛ «ارش جنایتی که باعث از بین رفتن صوت نسبت به بعضی از حروف شود باید با مصالحه معلوم گردد». منتهی باید اشاره کرد که این تصالح مصالحه قهری نبوده بلکه مصالحه قراردادی است. به همین دلیل نقش اساسی در این مورد توسط متداعیین ایفا می‌گردد. اگر تصالح قهری محقق می‌بود باید حاکم و قاضی تأثیر گذار می‌بود و این سخن چیزی است که از ظاهر قانون استفاده می‌شود. تشویق به صلح نیز از سفارشات است که در مورد آن می‌توان گفت: به هر حال چون ارش، از زمره حقوق الناس است، لذا به مانند همه موارد حقوق الناس، مستحب است قاضی طرفین را تشویق به مصالحه کند. در صورت مصالحه دیگر نوبت به ارشی که مجتهد و قانون‌گذار بر اساس انسداد باب علم و علمی تعیین کرده‌اند، نمی‌رسد.

قانون‌گذار ایران در ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) مقرر کرده است؛ «در اموری که ممکن است با صلح طرفین قضیه خاتمه پیدا کند، محکمه تلاش لازم و جهد کافی در اصلاح ذات البین به عمل می‌آورد و چنانچه موفق به برقراری صلح نشود، رسیدگی و رأی مقتضی صادر خواهد نمود». (مجموعه تفتیح شده قوانین و مقررات کیفری، ج ۱، ص ۸۲) از آنجایی که در امور کیفری حقوق عمومی مطرح است و اشخاص تمام نقش در مختومه کردن پرونده جرایم را ندارند لذا در قانون آمده است؛ «اموری که ممکن است» قانون‌گذار ضرورت دیده تا تفسیری از این جمله داشته باشد به همین دلیل در نظریه ۷/۱۷۷-۱۴/۱۴/۱۳۸۲ اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه آمده است؛ «منظور از اموری که ممکن است با صلح طرفین در ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) مصوب ۱۳۷۸ قضیه خاتمه پیدا کند، اموری است که با گذشت شاکی خصوصی پرونده مختومه می‌شود نه جرائم غیر قابل گذشت و لذا در خصوص جرم کلاهبرداری نمی‌توان پرونده را با سازش طرفین مختومه کرد؛ گذشت شاکی فقط می‌تواند از موارد تخفیف مجازات با رعایت مقررات قانونی باشد.

### مصالحه در امور کیفری از منظر روایات

در روایتی نقل شده است؛ رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود: در مرافعات مدعی باید دلیل داشته باشد و کسی که بر علیه او ادعا شده قسم بخورد، و هر گونه صلحی میان مسلمانان جایز است جز صلحی که حرامی را حلال، و حلالی را حرام گرداند. (شیخ

صدوق ۱۴۱۳: ۳۲/۳) علی بن ابی حمزه گوید: به ابی الحسن موسی امام هفتم علیه السلام عرض کردم: قربانت گردم: شخصی کسی را از روی عمد یا به خطا کشته است، و مقتول به مردم مدیون است و مالی از آن‌ها به عهده اوست، و اولیاء او قصد دارند خون او را به قاتل ببخشند (در صورت عمد قصاص ننموده، و در صورت خطا نیز دیه نستانند) حکم چیست؟ فرمود: اگر خون او را به قاتل ببخشند ضامن دیه یا دین او هستند، عرض کردم: اگر او را بخواهند بکشند چه؟ فرمود: اگر عمدا مرتکب قتل شده قاتل کشته می‌شود، و دین مقتول را امام مسلمین از سهم غارمین (بدهکاران) که در زکات دارند، ادا می‌نماید، عرض کردم: در صورتی که قتل عمدی باشد و اولیاء مقتول به گرفتن دیه صلح کرده باشند، دین بر عهده کیست؟ آیا بر عهده اولیاء اوست که از دیه بپردازند، یا بر امام مسلمین است؟ فرمود: دین را باید از دیه او که اولیاء بر آن صلح کرده‌اند بپردازند، زیرا خود او به دیه خود از دیگران سزاوار تر است. بحث در مورد روایات قبلا به تفصیل مطرح گردیده است.

### مصالحه در امور کیفری از منظر فقها

یکی از عناوین مرتبط با مسأله مورد بحث که در فقه اسلامی مطرح است قاضی تحکیم است. پس از آنکه دانستیم «ولایت قضا» از مناصب اعطایی و جعلی (شخصیت حقوقی) است، زیرا در احادیث کلمه (جعل) نسبت به قاضی به کار رفته چنانچه در صحیحی ی ابی خدیجه قابل ملاحظه است. به عبارت دیگر لفظ حکم که در روایت آمده است ظهور در قاضی تحکیم دارد. پس نتیجه و عصاره کلام امام این است که؛ «من به شما راهنمایی می‌کنم که فردی با خصوصیات مذکوره، صلاحیت دارد که به حکمیت وی در بین خود رضایت دهید». آقای خوئی (خوئی ۱۴۱۸: ۸۹/۲۲) به این مسأله باور دارد و با توجه به همین مبنا می‌گوید؛ تعیین قاضی تحکیم در اختیار متحاکمین است. (خوئی ۱۴۱۰: ۵) برخی در این مورد تعبیر به احتمال دارد که لااقل استدلال به روایت برای قاضی منصوب را دچار اشکال می‌کند. زیرا «اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال» یکی از محققین در این خصوص می‌نویسد؛ «به احتمال قوی موضوع حدیث، «قاضی تحکیم» است نه «قاضی منصوب»؛ زیرا امام علیه السلام فرمان نصب قاضی را پس از فرض انتخاب متخاصمین صادر نموده است». (خلخالی، ۱۴۲۲: ۲۶۸) هرچند شهید باور دارد که قاضی تحکیم مخصوص زمان حضور امام علیه السلام است. (عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۶۸/۳) ولی یکی از فقهای زمانه ما می‌گوید؛ «قاضی تحکیم به دو گونه قابل تصور است؛ یکی اینکه؛ مترافعین به کسی که واجد شرایط فقهی قضاوت است ولی منصوب از جانب معصوم یا فقیه نیست، مراجعه کنند. دو؛ و دیگر اینکه به شخص غیر واجد شرایط قضاوت مراجعه کنند به ادعای اینکه شرایط فقهی قضاوت مخصوص قاضی منصوب بوده و ربطی به قاضی تحکیم ندارد». (حائری ۱۴۱۵: ۱۵۵) یکی از مباحث مطرح در مورد بحث این است که آیا اسلام، اعتباری

برای چنین قاضی قائل شده است یا نه، یعنی آیا جعل (نصب) متخصصین موضوع امضای شرعی قرار گیرد و ثمره چنین اعتباری نفوذ قضاوت در جمیع آثار حقوقی و حکمی خواهد بود؟ مرحوم صاحب جواهر قدس سره بر اعتبار شرعی چنین قاضی دعوی شهرت بلکه اجماع نموده است و اعتبار قاضی تحکیم نزد جمعی از علما نیز ثابت است. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۴/۴۰؛ شیخ طوسی ۱۴۰۷: ۶۰۲/۲؛ فقه السنه ۳/۳۹۷)

در هر صورت طرفین مخاصمه می‌توانند به قاضی تحکیم مراجعه کنند. قاضی تحکیم داوری است که طرفین در حال اختلاف توافق می‌کنند که به رأی و حکم وی عمل کنند و حل و فصل اختلاف خود را به او واگذار می‌نمایند. در روایات ائمه اهل بیت علیهم السلام توافق بر حکمیت شخص ثالث مورد تأیید قرار گرفته و در برخی از آن‌ها عبارت: «فاجعلوا بینکم فانی قد جعلته قاضياً فتحاکموا الیه» آمده است که به معنی قبول قضاوت حکم از نظر امام می‌باشد. یکی از فقها در پاسخ این سوال که؛ آیا در حکمیت بین افراد متنازع، شرایط قاضی باید مراعات گردد یا نه؟ می‌نویسد: «حکمیت به این معنا که طرفین بر حکم حاضر تراضی و توافق کنند که او مصلح شود و سخن او را بپذیرند، اشکال ندارد و شرایط خاصی ندارد. ولی به این معنا که او حکم کند و حکم او نافذ و واجب العمل باشد، مشروط بر این است که حکم مجتهد جامع الشرائط باشد؛ اما اگر او را به عنوان کارشناس قرار دادند و ملتزم شدند که طبق نظر و تشخیص او عمل نمایند، بنابر احتیاط واجب باید طبق تعهد خودشان عمل کنند». (نجف‌آبادی، حسین علی منتظری، بی تا: ۵۰۲/۲) شیخ در کتاب خلاف می‌گوید؛ وقتی دو نفر بر حکمیت مردی از رعیت رضایت دادند تا در میان شان داوری کند بدون هیچگونه اختلاف در میان دانشمندان - درست است. و موقعی که حکمیت انجام شد، بر هر دو طرف دعوا الزامی خواهد بود که از آن اطاعت کنند. (شیخ طوسی ۱۴۰۷: ۲۴۱/۶) شیخ انصاری<sup>(۶)</sup> می‌گوید؛ اگر متخصصین به حکمیت یکی از رعایا رضایت دهند، و حکم میان آن‌ها قضاوت کند حکم لازم است. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۵) یکی از فقهای معاصر می‌نویسد؛ اگر منظور از قاضی تحکیم آن است که صلح و تراضی عرفی که شرعاً نهی نشده است، میان متخصصین به گونه‌ای که احکام قضاوت معروفی که کتاب مستقلی برای آن وضع گردیده است بر آن مترتب نباشد ایجاد کند دلیل موجه داشته بلکه نیکو و مطلوب است. (سبزواری ۱۴۱۳: ۱۱/۲۷) مرحوم علامه در تحریر چنین گفته است: «و لو تراضی خصمان بواحد من الرعیة و ترافعا الیه فحکم لم یلزمهما الحکم...». (علامه حلی ۱۴۲۰: ۱۱۳/۵) «اگر متخصصین راضی شدند که شخصی از عامه مردم میان ایشان قضاوت کند، حکم و بدین ترتیب حکم قاضی تحکیم هیچ‌گونه رسمیت و اعتبار شرعی نخواهد داشت و عمل به آن بستگی کامل به رضایت متخصصین دارد. آقای اردبیلی در مورد قاضی تحکیم بحث مفصلی دارد. ایشان در مسأله پنجم تحت عنوان «قلمرو تحکیم» می‌نویسد؛ دانشمندان در مورد اینکه در چه مواردی تحکیم جایز است یا جایز نیست؟ اختلاف دارند. (اردبیلی ۱۴۲۳: ۱۳۱/۱)

## گفتار چهارم: جواز تحکیم در تمام احکام

برخی از دانشمندان باور دارند که در تمامی احکام اعم از حقوق خصوصی (حقوق الناس) و حقوق عمومی (حقوق الله) حتی در مجازات‌ها تحکیم جایز است. شیخ طوسی می‌نویسد: «وقتی جواز تحکیم ثابت شد برخی آن‌را در تمام احکام به جز چهار مورد؛ (نکاح، قذف، لعان و قصاص) جایز می‌دانند. زیرا موارد فوق‌الذکر بر سایر احکام از مزیت برخوردار است به این معنی که جز امام و کسی که امام صلاحیت داده حق نظر در آن‌ها را ندارند. برخی دیگر گفته اند؛ تحکیم در تمام احکام درست است. شیخ می‌گوید: «از عموم اخبار همین دیدگاه دوم استفاده می‌شود». (شیخ طوسی ۱۳۸۷: ۱۶۵/۸) علامه می‌گوید: «اگر متخصصین به حکمیت بعضی از رعایا رضایت دادند در تمام احکام حتی مجازات‌ها اجرای حکم لازم است تنها اجرای مجازات در صلاحیت او نیست». (علامه حلی ۱۴۱۳: ۱۹/۳)

شهید اول می‌نویسد: «رعایت حکم داور بر متخصصین که رضایت داده اند حتی در مجازات لازم است». (عاملی، شهید اول ۱۴۱۷: ۶۷۲) فاضل هندی در این مورد می‌گوید: «حکم قاضی تحکیم در همه احکام اعم از حقوق الناس و حقوق الله حتی در مجازات‌ها به دلیل عام بودن دلیل مشروعیت، نافذ و لازم است». (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۷/۱۰) همین دیدگاه مورد پسند حنبلی‌ها، ظاهری‌ها و شافعی‌ها قرار گرفته است. (المغنی مع الشرح الکبیر، ۴۸۴/۱۱ - عقد التحکیم فی الفقه الإسلامی و القانون الوضعی، ۲۴۳؛ نقل از اردبیلی سید عبدالکریم، پیشین)

## صحت تحکیم در کل احکام جز چهار مورد

حکم داور درست است جز در موارد چهارگانه؛ (= نکاح، قذف، لعان و قصاص) برخی از بزرگان شافعی و حنبلی و زیدیه این دیدگاه را پذیرفته اند. زیرا در موارد چهارگانه جز امام و نایب امام کسی نمی‌تواند تولیت کند. (المغنی مع الشرح الکبیر - عقد التحکیم فی الفقه الإسلامی و القانون الوضعی؛ نقل از اردبیلی پیشین: ۲۶۰)

## صحت تحکیم در حقوق الناس و نه حقوق الله

دیدگاه سوم این است که تحکیم و داوری در حقوق خصوصی (حقوق الناس) درست است اما در حقوق عمومی (حقوق الله) درست نیست. شهید ثانی می‌گوید: «تحکیم ویژه حقوق آدمی است. زیرا تحکیم بر نصب دو نفری است که در مقام تخاصم هستند. به همین دلیل در حقوق الله درست نیست. چون در حقوق الله خصم معینی وجود ندارد. حکم در حقوق الله مخصوص راضی به حکم است. بنا براین دیه قتل خطای زمانی بر عاقله است که راضی شوند. اما رضایت قاتل تأثیر گذار نیست. (عاملی، شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۳۳/۱۳)

### صحت تحکیم در امور مالی و احوالات شخصی

دیدگاه اخیر در مسأله این است که حکم داور تنها در امور مالی و احوالات شخصی نافذ است. زحیلی از دانشمندان اهل سنت می‌گوید: «مورد قاضی تحکیم مخصوص حقوق مدنی است در حالی که قضاوت (قاضی مطلق یا منصوب) در حقوق مدنی و جزایی به داوری می‌پردازد. (الزحیلی ۱۴۰۵: ۷۵۶/۶ و ۷۵۷)

### اجرای حکم توسط داور

در مورد این مسأله که آیا داور حق حبس، انجام مجازات و اجرای حکم را دارد یا ندارد؟ برخی از دانشمندان از جمله فاضل هندی در کشف اللثام این مسأله را یادآوری کرده است. ایشان می‌گوید: مسأله مورد اشکال است. دلیل این مدعا عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر و تعارض ادله تحکیم است که برخی از اجرای حکم توسط داور که اهلیت ندارد نهی می‌کند و بعضی دلالت دارد که تعطیل احکام به فساد منتهی می‌شود. سومین دلیل روایتی است از امام صادق در جواب این سوال که چه کسی حدود را اجرا می‌کند شاه یا قاضی؟ فرمود: اقامه حدود در صلاحیت کسی است که حکم صادر می‌کند. (شیخ طوسی ۱۴۰۷: ۳۱۴/۶) این دیدگاه سید و شیخ در کتاب تبیان و جماعتی از دانشمندان است که به خاطر احتیاط در دماء مورد پذیرش قرار گرفته است و از آنجایی که حدود مشترک از حقوق عمومی خصوصی (مشترک میان حقوق الناس و حقوق الله) است و داوری تنها در حقوق الناس است تحکیم در آن جاری نیست. این رأی را شیخ در نهایه و اقتصاد، سلار و جماعتی پذیرفته اند.

### گفتار پنجم: تصور قاضی تحکیم در عصر غیبت

یکی از نکاتی که مورد بگو مگوهای زیاد واقع شده است این است که قاضی تحکیم در عصر غیبت تصور ندارد. ما در اینجا با توجه به اینکه حکمیت را درست می‌دانیم برای قاضی تحکیم در عصر غیبت دو تا تصور ارائه می‌کنیم.

#### ۱. دیدگاه محقق اردبیلی

در فرض وجود اعلم با امکان دسترسی به او و نافذ بودن حکمش، دیدگاه مشهور این است که؛ اعلم به صورت تعیینی قاضی است. در این صورت اگر متخاصمان به یکی از رعیت راضی شوند او می‌تواند حکمیت کند. (اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳: ۱۷/۱۲)

#### ۲. دیدگاه جواهر و خوئی

آقای خوئی به تبعیت از صاحب جواهر که اجتهاد در قاضی تحکیم را شرط نمی‌دانند تصور داوری در عصر غیبت ممکن می‌شود. به این معنی که مجتهد قاضی است و غیر مجتهد در فرض رضایت مترافعین می‌تواند حکمیت نماید.

## نتیجه‌گیری

در مقاله کنونی با توجه به مطالبی که در سطور بالا مطرح گردید، به این نتیجه دست پیدا می‌کنیم که بر اساس وحدت صلح و حکمیت جایی برای تردید نیست که صلح در امور جنایی به صورت قضیه موجه جزئی قابل اثبات است. به عبارت دیگر در مواردی از امور جزایی - هر چند اندک - می‌توان ادعا کرد که مصالحه کارساز است. حدّ اقل در جرایمی که دارای جنبه حق الناسی (خصوصی) و یا دو جنبه حق الناسی و حق الهی (خصوصی و عمومی) است، نسبت به حق الناس مصالحه مشروعیت دارد و اجرا می‌شود. زیرا مصالح بر مبنای رضایت ذیحق تحقق پیدا می‌کند و این چیزی است که در امور جنایی نیز از جایگاه عقلایی برخوردار است و دلایل داوری نیز عمومیت دارد. به عبارت دیگر ادله عام حکمیت شامل تمام موارد رضایت طرفین دعوا در امور مدنی و کیفری می‌گردد. در صورت دوئیت حکمیت و صلح باز هم در مبنا (رضایت دو طرف دعوا) مشترک هستند. بنا براین همانگونه که رضایت متداعیین در باب صلح اثر دارد دلیلی نداریم که رضایت آنان در حکمیت بلا اثر باشد. بر همین اساس این قلم مشروعیت داوری و حکمیت را در امور جزایی و کیفری (حدّ اقل در موارد حقوق خصوصی) نیز درست دانسته است. این مدعا چیزی است که هم به اطلاق ادله و هم به دلایل دیگری که ذکر شد، به صورت قضیه موجه جزئی (حدّ اقل در جرایمی که جنبه خصوصی یا خصوصی عمومی دارند) قابل اثبات است. بدون تردید اگر حکمیت و مصالح در امور جزایی درست باشد، هم کمکی است برای محاکم جنایی که دوسیه‌ها از سالیان دراز در آرشیوها محبوس دارد و هم دادگاه‌های جنایی دچار اطاله دادرسی یا رسیدگی به دوسیه‌ها نخواهد شد.

## منابع

۱. جرجانی، سید امیر ابو الفتح حسینی، تفسیر شاهی، ۲ جلد، انتشارات نوید، تهران - ایران، اول، ۱۴۰۴ ه.ق.
  ۲. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۵ جلد، کتابخانه گنج دانش، تهران، ایران، سوم، ۱۳۸۶ ش.
  ۳. حلی، مقداد بن عبد الله سیوری - مترجم: بخشایشی، عبد الرحیم عقیقی، کنز العرفان فی فقه القرآن - ترجمه، دو جلد، پاساژ قدس پلاک ۱۱۱، قم - ایران، اول، ه.ق.
  ۴. خلخالی، سید محمد مهدی موسوی - مترجم، جعفر الهادی، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
  ۵. عاملی، بهاء الدین، محمد بن حسین و ساوجی، نظام بن حسین، جامع عباسی و تکمیل آن (محشّی، ط - جدید)، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۹ ه.ق.
  ۶. قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه - مترجم: غفاری، علی اکبر و محم، من لا یحضره الفقیه - ترجمه، ۶ جلد، نشر صدوق، تهران - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
  ۷. نراقی، مولی محمد مهدی بن ابی ذر، انیس التجار (محشّی)، در یک جلد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ ه.ق.
- ب) منابع عربی
۱. قرآن کریم.
  ۲. آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، کتاب القضاء (للاشتیانی ط - الحدیث)، ۲ جلد، انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی، قم - ایران، اول، ۱۴۲۵ ه.ق.
  ۳. اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۱۴ دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم - ایران، ۱۴۰۳
  ۴. بحرانی، آل عضفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ۲۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۰۵ ه.ق.
  ۵. بحرانی، محمد سند، بحوث فی مبانی علم الرجال، در یک جلد، مکتبه فدک، قم - ایران، دوم، ۱۴۲۹ ه.ق.
  ۶. بروجردی، آقا حسین طباطبائی - مترجمان: حسینیان قمی، مهدی - صبوری، م، منابع فقه شیعه، ۳۱ جلد، انتشارات فرهنگ سبز، تهران - ایران، اول، ۱۴۲۹ ه.ق.
  ۷. تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
  ۸. حائری، سید علی بن محمد طباطبائی، ریاض المسائل (ط - الحدیث)، ۱۶ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
  ۹. حلی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۰ ه.ق.
  ۱۰. حلی، ابو الصلاح، تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، در یک جلد، کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام، اصفهان - ایران، اول، ۱۴۰۳ ه.ق.
  ۱۱. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، ۲ جلد، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، قم - ایران، ششم، ۱۴۱۸ ه.ق.
  ۱۲. خوبی، سید ابو القاسم موسوی، تکملة المنهاج، در یک جلد، نشر مدینه العلم، قم - ایران، ۲۸، ۱۴۱۰ ه.ق.
  ۱۳. الرحیلی، الدكتور وهبه، الفقه الإسلامی و أدلته، دار الفكر للطباعة و التوزیع و النشر، دمشق، سوریه، الطبعه الثانيه، ۱۴۰۵ ه.ق.
  ۱۴. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحكام (للسبزواری)، ۳۰ جلد، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، قم - ایران، چهارم، ۱۴۱۳ ه.ق.
  ۱۵. شیخ طوسی محمد بن حسن، تهذیب الأحكام، ۱۰ جلد، دار الکتب الإسلامیه، تهران - ایران، چهارم، ۱۴۰۷ ه.ق.
  ۱۶. عاملی، حرّ، محمد بن حسن، و سائل الشیعه، ۳۰ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
  ۱۷. نجفی، کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، أنوار الفقاهة - کتاب الصلح (لکاشف الغطاء، حسن)، در یک جلد، مؤسسه کاشف الغطاء، نجف اشرف - عراق، اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
- ج) مجلات و قوانین
۱. جمعی از مؤلفان، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام (فارسی)، ۵۶ جلد، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع) قم - ایران، اول، ه.ق.
  ۲. قانون جزای افغانستان.
  ۳. قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان.